

# Pacto compromisorio

(Notas a los artículos 6 a 11 de la Ley 22 Diciembre 1953)

POR EL

DR. JUAN ROCA JUAN

*Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho*

## S U M A R I O

I.—1. Sentido general de la Ley de 22 de diciembre de 1953 sobre la naturaleza del pacto compromisorio. 2. La ejecución específica de las obligaciones y la formalización judicial establecida por la nueva Ley. 3. Pacto compromisorio como negocio genético de una situación jurídica frente al proceso.

II.—1 y 2. El compromiso y la excepción arbitratoria. 3 y 4. La situación jurídica de arbitraje y los inconvenientes prácticos derivados de la propia Ley. 5. Solución propuesta.

Estas notas sobre el pacto compromisorio se centran exclusivamente sobre la nueva regulación de los arbitrajes privados. La terminología de la nueva Ley, los propósitos declarados en su preámbulo y el contenido de los artículos que le conciernen, permiten una reconsideración sobre la naturaleza de estos pactos e intentamos —sin excluir una posterior revisión de nuestro propio pensamiento— construirlo sobre la base de prescindir de toda idea de *ejecución forzosa* de una obligación, en sentido técnico, como derivada del pacto-compromisorio. Para ello no han



estado ausentes conceptos —todavía no desenvueltos por completo— como los de *negocio genético*, *situación* y *posición jurídicas* (\*).

Concluimos tratando algunas cuestiones prácticas que pueden derivarse de los nuevos preceptos, y los remedios que pudieran proponerse, sin intentar descubrir otras muchas, que sin duda irán surgiendo, a medida que la Ley encuentre aplicación.

---

(\*) FERRARA, «Teoria del Diritto e metafisica del Diritto». (A propósito de una recente pubblicazione). Escrito póstumo. En *Scritti giuridici*, III, pág. 483. Giuffrè, editore, 1954, destaca que el concepto de «situación jurídica» tiene hoy un sentido técnico preciso. Por él se entiende todo «estadio del hecho jurídico en desarrollo», referido a hechos jurídicos que tienen una formación sucesiva, y se desenvuelven gradualmente hasta completar su total estado, aunque a cada paso de su realización el hecho produce particulares efectos.—Esta opinión, coincidente con la de Bekker, resulta más precisa en la de «situación jurídica interina», contrapuesta a la de situación jurídica «estable»; según De Castro (*Derecho Civil de España*, I, pág. 606), aquellas nacen con el signo de la limitación, y su propia naturaleza señala su finalidad transitoria: la de mantener un cierto *statu quo*, mientras no se den las circunstancias necesarias para que sea sustituida la situación interina por la definitiva. El propio autor apunta (I, 5557) que se debe distinguir la relación jurídica, como situación jurídica, de otras situaciones jurídicas subordinadas, que constituyen su contenido (facultades y derechos subjetivos) y de los hechos o *negocios jurídicos que la originaron*.—Vid. también, OFFICANI, «Contributo alla teoria della posizione giuridica», Giappichelli, Torino, y SPERNUTI, «Contributo alla teoria delle situazione giuridiche soggettive». Milano, 1944, y allí citados.

## I

1.—La Ley de 22 de diciembre de 1953, sobre arbitrajes privados, regula en sus artículos 6 a 11 lo que califica de «rigurosa novedad» en el derecho positivo: El «contrato preliminar de arbitraje». Aparte del indudable acierto que la ley citada representa, al eludir gran parte de los inconvenientes prácticos del anterior criterio de regulación, parece trasplantar a nuestro sistema el tradicional problema del incumplimiento por una de las partes de las obligaciones nacidas del contrato preliminar, que la nueva ley resuelve por el expediente de que la parte dispuesta a exigir el cumplimiento solicite del Juez la formalización del compromiso (art. 9).

Determinadas por el artículo 6 las formas de «preparar» el arbitraje, mediante un pacto principal preparatorio, o mediante pacto accesorio que igualmente obligue a «instituirlo en su día», intenta la Ley —según explica la exposición de motivos— decidir la posibilidad de una *ejecución específica* de tales pactos preparatorios, mediante esa «formalización judicial» del compromiso a que se refiere el artículo 9, con el propósito de obviar definitivamente el obstáculo que supone, para la aplicación de las cláusulas compromisorias, la consideración de que, por tratarse de declaraciones de voluntad, que son un «hacer infungible», el juez no puede ejecutarlas específicamente en caso de incumplimiento del obligado (\*\*).

La consecuencia de tal propósito es el precepto del artículo 10 que, entre otras facultades de ejecución específica, concede al juez la de nombrar los árbitros y fijar las cuestiones que han de resolver, cuando una de las partes se niega a cumplirlo voluntariamente.

---

(\*\*) Preámbulo de la Ley.

Mas lo anterior está inmediatamente relacionado con el artículo 8 de la propia Ley, según el cual «El contrato preliminar no necesitará contener ni la designación de los terceros que hayan de figurar como árbitros, ni la del tema controvertido que se someterá a su decisión», aunque en el siguiente párrafo rectifica en parte al exigir una «fijación objetiva, por lo menos de principio, de la relación jurídica singular a que ha de referirse el arbitraje».

Tales datos sugieren, de manera inmediata, dos cuestiones de distinta índole: Una, la que se refiere a que la Ley expresa de manera confusa la naturaleza de tales pactos preparatorios, que explícitamente denomina «contratos preliminares» en el artículo 8, para hablar más tarde, en el artículo 9, de que «los otorgantes... quedarán *obligados* a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto», todo ello con el antecedente de haber intentado superar el obstáculo de la ejecución específica de una *obligación de querer* que, como declaración de voluntad, constituye un hacer infungible. De esta manera no aparece clara la naturaleza asignada a los efectos de tales pactos compromisorios, que el legislador considera obligaciones susceptibles de ejecución específica, precisamente en el caso que está fuera de las posibilidades de ejecución in natura de obligaciones en sentido técnico (1). La otra cuestión, de orden práctico, se deriva de que, no exigiendo el art. 8 de la Ley que las partes designen o, por lo menos, indiquen las cualidades que han de reunir las personas de los árbitros y el tema a resolver, cuando concluyen el pacto preparatorio, se produce la anomalía de que, siendo el arbitraje un juicio de confianza, que permite excluir el conocimiento del juez de oficio, precisamente por la confianza que a las partes merecen determinados jueces privados, pueda el juez de oficio, en lugar de conocer ex officio, remitir el conocimiento de la cuestión a jueces privados que no gozan —o pueden no gozar— de la confianza de las partes, o incluso no ser idóneos, en el sentir de aquellas, para la misión resolutoria que se les encomienda.

2.—Veamos, primeramente, las posibilidades del camino que la Ley sigue, con cierta ambigüedad, para justificar la eficacia práctica del pacto compromisorio.

El artículo 6, al hablar de «preparar el arbitraje», «comprometiéndose previamente», configura estos pactos como preparatorios (2), o sea,

(1) En este sentido vid. SATTI, «L'esecuzione forzata», Vassalli, U.T.E.T., 1952, págs. 252 y sigts.).

(2) SALANDRA, Riv. Dir. Comm., 1940, I, págs. 21 y ss., entiende que los contratos preliminares, junto a los contratos normativos, constituyen la categoría de los contratos preparatorios.

como una etapa en la formación del compromiso. Con ello, además de con los efectos ulteriores que se asignan al pacto, se toma partido acerca de la cuestión de si el pacto preliminar es considerado por las partes *en sí mismo*, con independencia de los efectos del contrato posterior (3), o un escalón, por así decirlo, en el total proceso de formación del contrato definitivo (4), posiciones que muy agudamente armonizó ya en nuestra patria el profesor DE CASTRO (5), al concluir que es siempre una «etapa en un *iter* negocial» en el que distingue dos momentos: 1.º) Promesa de contrato, en la que se conviene el contrato proyectado y se crea la *facultad de exigirlo*, que funciona con cierta independencia en cuanto tiene propia causa, y 2.º) La exigencia del cumplimiento de la promesa, que origina la vigencia del contrato que fuera proyectado. De esta manera la promesa de contrato tiene figura jurídica independiente en la etapa previa, creando inmediatamente un vínculo obligatorio entre las partes, con propia causa (onerosa o lucrativa), del que nace la peculiar facultad de poner en *actual funcionamiento el contrato proyectado*.

Según la Ley, en este esquema parece poder encuadrarse el nuevo contrato preliminar de arbitraje: Con él se *prepara* el arbitraje (art. 6); de él surge inmediatamente para las partes el deber jurídico (art. 9) de otorgar el compromiso, con la peculiar facultad recíproca de poner en actual funcionamiento el proyectado compromiso (la formalización judicial de que habla el artículo 10).

Mas toda la dificultad de la teoría y la práctica del contrato preliminar se encerró durante mucho tiempo en la siguiente proposición: El precontrato reúne todas las exigencias del contrato definitivo, excepto el consentimiento de cualquiera de los interesados; por el solo hecho de dar este consentimiento los elementos constitutivos del contrato se habrán reunido (6). De aquí que adquiriera un objeto específico que, en cuanto dirigido a «consentir» el contrato proyectado, exige un acto «libre» de las partes, cual es la declaración de voluntad necesaria para la constitución del contrato definitivo, lo que supone un «facere» infungible en cuanto no puede obtenerse libremente por vía coactiva (7).

(3) GÖPERT, «Zur Lehre von den Pacta de contrahendo». Cit. por CARRARA, «Formazione dei contratti», pág. 26.

(4) WINDSCHEID, «Diritto delle Pandette»; DERNBURG, Pand., 30, §110.

(5) DE CASTRO, «La promesa de contrato». Anuario de Derecho Civil, 1950, pág. 1169.— En el mismo sentido DE PAGE, «Traité élémentaire de Droit Civil belge», 2.ª ed. T. deuxième. Bruxelles 1948, agregando también que las promesas de contrato, como tales, tienen un valor jurídico propio, y llevan consigo fuerza obligatoria (pág. 473, n.º 505).

(6) LENOZ, «Des avants-contrats». París, 1900, pág. 31.

(7) Los juristas medievales identificaban la distinción entre obligaciones de «dar» y de «hacer», con las ejecutivas y no ejecutivas «*manu militari*».

POTHIER generalizaba y centraba la cuestión reduciendo la ejecución in natura a sólo aquellas obligaciones cuya ejecución no requiere el uso de la violencia sobre la persona del deudor (8).

Pero la consideración de que del precontrato nacen situaciones jurídicas obligatorias, llevó a entrever, aunque con referencia al supuesto más frecuente —la promesa de venta— soluciones como la del artículo 1.589 del Código francés, que PORTALIS justificó afirmando que «en la promesa de venta se encuentra *toda la sustancia* del contrato de venta» (9), siempre —agregaba FAURE— que sus tres elementos —cosa, precio y consentimiento— estén realizados (10). De tal forma, con referencia a este supuesto, la ejecución de la promesa de venta es la propia venta, cuya *sustancia* ha sido ya querida, por así decirlo, en la promesa, y no exige un nuevo «facere» del deudor: La ejecución de la promesa es la ejecución de la venta. Fuera de tal supuesto la consideración del contrato preliminar en sí mismo, en relación con la especial naturaleza del objeto que se le había asignado, llevó a la solución de adjudicar como único efecto del incumplimiento, el resarcimiento del daño (art. 1.142 Código francés).

Teniendo en cuenta los inconvenientes de tal solución, la doctrina ha buscado caminos a la eficacia directa del precontrato: Afirmando que lo fundamental no es la obligación positiva de emitir una declaración de voluntad, sino la negativa de no emitir una declaración contraria a lo prometido, de manera que es innecesaria una nueva declaración de voluntad (11); destacando que no es lógico que el precontrato conduzca al acreedor a la posición de tener que demandar dos veces, para que la otra parte emita una declaración de voluntad, perfeccionando el contrato principal, y después para que cumpla la obligación nacida de éste (12); y, en fin, partiendo de que toda obligación es ejecutable in natura, a pesar de la resistencia del deudor, cuando el *hecho personal* de éste no es necesario para tal ejecución (13) concluyen que el «facere», y así también la declaración de voluntad, es jurídicamente *fungible* cuando el resulta-

(8) POTHIER, Louage, 66.

(9) FENET, «Recueil complet des travaux préparatoires del Code Civil», T. XIV, pág. 115.

(10) FAURE, cit. Fenet, loc. cit., pág. 153.

(11) Así MOSSA, «In torno alla forma della promessa di vendita immobiliare», Riv. Dir. Comm. 1915, II, pág. 28.

(12) SCHLOSSMANN, «Über den vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Real-contracte», Iherings Jahrbücher, t. 45 (1903), págs. 1 sigs.

(13) BAUDRY-LACANTINIERE, «Obbligazioni», ed. italiana. Vol. I, Sez. III, págs. 484 y ss.

do práctico del hacer, o el objeto jurídico del querer, puede conseguirse mediante una actividad diversa de la del obligado (14).

Esta última etapa del razonamiento, propugnada como solución para el anterior Código italiano, asume ya, generalizándola, la antigua proposición de que el contrato preliminar contiene la *sustancia* del contrato definitivo o, si se quiere, —con palabras de MESSINEO (15)— contiene el vínculo que, en rigor, surge del contrato definitivo, haciendo posible que el acreedor acuda a la fuerza coactiva del Estado para que sustituya la actividad del deudor en aquellos casos en que sea posible obtener el resultado práctico de ésta. En tales supuestos, el acto del Juez, que suple la falta de prestación del consentimiento de una de las partes, no es puramente un acto de *ejecución* forzosa de la obligación de consentir, sino una *realización actual del objeto jurídico del querer, prescindiendo del querer mismo* (16), y la cuestión de la eficacia in natura del precontrato queda reducida a una mera situación de hecho: Que el objeto jurídico del querer, o el resultado práctico del contrato definitivo, pueda o no conseguirse sin la *personal* actividad del deudor.

El horizonte abierto por tal doctrina es grande, así como la evidente mutación del punto de vista, porque así el precontrato ya no versa sobre su objeto inmediato (la perfección del contrato definitivo), sino sobre el mediato (el resultado de éste), de manera que, aunque la prestación del consentimiento es siempre infungible, la *utilidad* que el contrato reporte al acreedor será fungible en todos aquellos casos en que su obtención no exige una personalísima intervención del deudor.

Todavía, sin embargo, la cuestión se bifurca en dos: La que se refiere a la complejión del contrato preliminar, o mejor, a qué elementos del contrato definitivo deberán ser determinados en el preliminar para que contengan la «sustancia» de aquel, y la simple cuestión de hecho relativa a que el resultado práctico del contrato definitivo pueda obtenerse sin que el deudor intervenga personalmente.

La primera cuestión queda resuelta exigiendo la determinación de los elementos del contrato proyectado, en el preparatorio, conteniendo todos los elementos necesarios para la posible validez del contrato, salvo los que regula el Derecho dispositivo (17), solución perfectamente lógica

(14) CIOVENDA, «Dell'azione nascente del contratto preliminare». Riv. Dir. Com. 1911, págs. 96 y ss.

(15) MESSINEO, «Dottrina generale del contratto», 3.<sup>a</sup> ed. Milano, 1948.

(16) «La sentencia obtiene su eficacia sin una ejecución efectiva». BETTERMANN, «Die Vollstreckung des Zivil urteil in dem Greuzem seiner Rechtskraft». Hamburgo, 1948. Cit. por SATTA, «L'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre», Foro Ital., 1950.

(17) DE CASTRO loc. cit., pág. 1.174.

con sólo considerar que las partes no pueden obligarse a concluir un contrato sobre cuyo contenido no están de acuerdo, sin que creamos admisible que ello signifique concluir el contrato definitivo (18), ya que, en efecto, la concurrencia en el preliminar de los elementos sustanciales del definitivo es lo único que permite considerar a las partes seriamente vinculadas a pasar por los efectos del contrato posterior. No precisan ser determinados todos los elementos, sino sólo los esenciales (19), entendiendo así, no los subjetivamente esenciales, sino aquellos que lo son objetivamente, conforme a la Ley, para dar vida al contrato proyectado y aquellos otros que las partes determinen expresamente como integrantes del contrato futuro (20 y 21).

Partiendo de estas soluciones el moderno Código italiano ha contemplado la cuestión del incumplimiento de la obligación de contratar en el sentido de reforzar hasta el límite la eficacia directa del vínculo obligatorio, estableciendo la posibilidad de obtener una sentencia que equivalga a los efectos del contrato no concluido, pero ello *siempre que sea posible y no esté excluido por el título* (22), en cuyos límites están indudablemente comprendidos, tanto que el contrato preliminar contenga los elementos precisos para *hacer posible* la obtención del resultado del contrato definitivo, como el que tal resultado *no exija la personal actividad del deudor*, pues en otro caso tampoco es posible que la sentencia obtenga los efectos del contrato no concluido.

En síntesis, esa *posibilidad* de que una resolución judicial actualice el contenido material del contrato definitivo, se integra de la necesaria concurrencia de dos posibilidades: a) Posibilidad jurídica, consistente en que el contrato preliminar encierre la sustancia del contrato definiti-

(18) GELLER, Oesterr. Centralblat für die Jur. Praxis, III, 1885, pág. 326. Observa que concluir un contrato que obligue, sin ninguna nueva condición, a concluir otro contrato es, en sustancia, concluir este contrato. (Cit. Carrara, loc. cit.).

(19) LEDUC-ÉRIENNE, *Avants Contrats*, págs. 42 y ss.

(20) CASTÁN, DE DIEGO (Inst. II, pág. 27), MORO (El precontrato, Notas para su estudio), estiman que la determinación de tales elementos quitan al precontrato toda su eficacia práctica.

(21) La exigencia de la determinación de los elementos esenciales del contrato definitivo, ha llevado a que algunos consideren el precontrato prácticamente inútil, pues su finalidad puede llenarse por medio de elementos accidentales del negocio principal, reduciendo su aplicación al precontrato de contrato formal, con forma sustancial, o a los convenios de reproducción del negocio jurídico, porque en ellos lo único que se promete es llenar una forma, que es prestación fungible por aplicación del art. 1.514 Cód. Civil, que no necesita reiterar el consentimiento. Así SÁNCHEZ DE VELASCO, «Contrato de promesa y promesa de contratos», en *Anales de la Acad. Matr. del Notariado*, t. VI, págs. 489 y ss.

(22) Cuando el obligado a concluir un contrato no cumple su obligación, la otra parte, en cuanto sea posible y no esté excluido por el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido». (Art. 2.932).



vo, es decir, que contenga aquellos elementos esenciales para descubrir la existencia de un vínculo obligatorio, no actual, pero actualizable por vía coactiva. Y b) Posibilidad económica, consistente en que la prestación objeto de las obligaciones que habían de nacer del contrato proyectado, sea de tal naturaleza que pueda materializarse sin la actividad del deudor, o lo que es igual, que el resultado económico que el contrato proyectado reporta al acreedor pueda obtenerse sin la intervención del deudor mismo. De esta forma cambia el objeto del contrato preliminar: ya no es la prestación del consentimiento necesario para el contrato definitivo, sino el resultado económico de éste (23).

La eficacia del precontrato por vía judicial exige así, por parte del juzgador, el doble examen de si del pactum de contrahendo ha nacido la obligación de concluir el contrato definitivo, obligación completa en todos sus elementos (24), y si la prestación de la utilidad debida como resultante del contrato proyectado puede, en la *opinión social* (25), representarse como fungible. Comprobadas estas circunstancias, la sentencia realizará por vía directa, no un derecho realizable sólo a través de la intervención judicial, sino un derecho que, postulando un cumplimiento, puede ser judicialmente realizado ante el incumplimiento del deudor.

Lo anteriormente expuesto, como síntesis y esquema de la trayectoria de la doctrina del precontrato, muestra la constante preocupación por dar eficacia directa al contrato preliminar, considerado en sí mismo, eludiendo el escollo de la infungibilidad de la prestación del consentimiento para la formación del contrato definitivo, e impidiendo que a su amparo quede sin actualizar, por voluntad de una de las partes, el contenido del contrato definitivo. Dentro de esta línea se situó ya nuestra Jurisprudencia, paulatinamente: «La promesa de vender o comprar no requiere una nueva y especial manifestación de voluntad, por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato» (26), pero sin perder de vista la necesidad de que «el contrato preliminar ofrezca *base bastante* para llegar a la constitución *sin un nuevo convenio*» (27), requisitos éstos que, sin duda, se refieren a que el con-

(23) SATTI, loc. cit., 1950, IV, afirma que «si el interés específico del acreedor es el resultado económico, éste, y no la prestación del consentimiento, es el verdadero objeto del contrato preliminar».

(24) SEGNI, Comm. del Codice Civile, Libro Sesto, Tutela dei diritti, a cura di A. Scialoja y G. Branca, 1953, art. 2.932, págs. 534.

(25) BETTI, Osservazioni nel progetto preliminare di Codice di procedura civile». Vide, también, MANDRIOLI, «L'esecuzione forzata in forma specifica (premessa e nozioni generali)», Milano, 1953.

(26) Sentencia Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950.

(27) Sentencia Tribunal Supremo de 16 de abril de 1941.

trato preliminar contenga todos los elementos objetivamente precisos para actualizar el contenido del contrato proyectado.

3.—Con tales antecedentes relacionados con el contenido de la nueva regulación del pacto compromisorio, se llega a la conclusión de que el llamado «contrato preliminar de arbitraje», no es, por su naturaleza, tal contrato preliminar (28), ni la formalización prevista en el artículo 10, como formalización judicial, una ejecución *específica* de la *obligación incumplida*, lo que con referencia a otros ordenamientos no ha dejado tampoco de observarse (29).

Apuntó DÍAZ PICAZO (30), con razón, que la Ley evita cuidadosamente decir que el pacto compromisorio produzca la obligación de celebrar un contrato de compromiso, limitándose a decir que las partes se obligan a *instituir el arbitraje* (art. 6), y a realizar los actos necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto, con lo cual se distingue, entre *arbitraje*, que no es contrato, sino institución de solución privada, y *compromiso*, que es contrato creador del arbitraje, no pudiéndose afirmar que haya contrato en este segundo momento porque la relación está ya creada. Nos parece certera la dirección que el citado autor señala, aunque pensamos que ese negocio bilateral preliminar —pacto compromisorio— puede no ser un contrato, y que esa relación jurídica creada no es una obligación en sentido técnico. Para ello contemplaremos la función del pacto compromisorio y los requisitos que la Ley exige para su validez, lo que basta para observar que tales pactos están fuera del área del contrato preliminar al no ser preciso que contengan los datos sustanciales del compromiso posterior, sin perjuicio de lo cual se les asigna la eficacia creadora de una situación jurídica interina que puede convertirse por voluntad de las partes, o de una sola de ellas, en una situación definitiva (30 bis). Así,

(28) El propio preámbulo de la Ley lo pone en duda al afirmar que el contrato preliminar de arbitraje, «sea o no una auténtica cláusula contractual...».

(29) REDONDI, observa que pensar en la obligación (en sentido técnico) es erróneo y conduce a una incongruencia respecto a los fines prácticos de la cláusula compromisoria, y que la expresión «obligarse» a formalizar el compromiso es equívoca e impropia, puesto que alude, o quiere aludir con ello, a la constitución de situaciones jurídicas que no tienen carácter obligatorio en sentido propio. (Vide Compromesso, en Nuovo Digesto Italiano). CAMELUTTI, «Pactum de compromittendo», Riv. Dir. proc. civ., 1934, II, 100), lo considera como un compromiso genérico, negándole la naturaleza de un negocio contractual, para considerarlo como un acto complejo (conjuntivo o colectivo).

(30) DÍAZ PICAZO, «El pacto compromisorio y la nueva ley de arbitraje». Anuario de Derecho Civil, 1954.

(30 bis) Recientemente SARRA destaca que no puede hablarse del contrato preliminar como de un contrato obligatorio, sino que su fuerza está en éste: que de él surge el título para la constitución de una situación jurídica (final) y precisamente de la situación jurídica determi-

el arbitraje (institución de solución privada), se constituye de dos maneras: Directamente, mediante el compromiso, e indirectamente, mediante el pacto compromisório que coloca a las partes en la posibilidad de constituirlo mediante el proceso de formalización a que la Ley alude. En ambos casos el punto de partida es una situación jurídica voluntariamente asumida frente al procedimiento oficial de dirimir la contienda, pero mientras en la primera la situación excluyente del proceso se constituye desde la conclusión del compromiso, en la segunda, o sea, del pacto compromisório, sólo nace una situación intermedia que constituye el presupuesto para que cualquiera de las partes logre estatuir la situación definitiva de arbitraje mediante el proceso de formalización.

Con ello creemos que el esquema puede formularse así: Constitución inmediata del arbitraje (compromiso). Constitución mediata (pacto compromisório), que opera en dos etapas: 1.ª Convención no formal por la que las partes proyectan excluir, para en su momento, el proceso, mediante la formalización. 2.ª Formalización voluntaria o judicial del arbitraje propiamente dicho.

Mas creemos que, para averiguar la naturaleza del pacto compromisório es preciso contemplarlo en su función, es decir, como medio de constitución mediata, y para en su momento, del arbitraje como institución de «solución privada» y, por tanto, en su finalidad y en su relación con el proceso, ya que no puede concebirse sino con referencia a una posible contienda judicial que las partes quieren sustituir por la solución de los árbitros.

---

nable en fuerza del contrato definitivo. (L'esecuzione forzata, Tratt. VASSALLI, U.T.E.T., Torino, 1952, pág. 253, in fine y 254).



## II

Puede afirmarse que el arbitraje constituye una de las formas en que se manifiesta el poder de disposición en la defensa de los propios derechos (31), defensa que puede ser conseguida, tanto en el área de la jurisdicción de los órganos del Estado, como en la zona privada de la propia protección que se manifiesta, unas veces, en forma absolutamente autónoma (transacción y conciliación), y otras con el auxilio de mediadores de confianza (compromiso, árbitros de equidad) (32). Tales formas de tutela privada del propio derecho exigen, forzosamente, esas «zonas de armonía» a que se refiere el preámbulo de la reciente Ley de arbitrajes privados, zonas que unas veces son asequibles a los propios titulares de los intereses en pugna y, otras, sólo a terceras personas en quienes las partes depositan su confianza (33). A falta de tales zonas de armonía o de común interés, no cabe otra composición que la impuesta por el poder jurisdiccional del Estado.

(31) El artículo 14 de la Ley declara objeto del compromiso sólo aquellas materias o derechos sobre que las partes pueden disponer libremente. Este poder fue reconocido, incluso en algunas etapas históricas con carácter constitucional. Así la Ley francesa de 24 de agosto de 1790, tras declarar que «el arbitraje es el medio más razonable de terminar las contiendas entre los ciudadanos», agrega que los legisladores no pueden dictar ninguna disposición que tienda a disminuir la eficacia del compromiso. (Vid. BERNARD, «L'arbitrage volontaire en Droit privé», 1937, pág. 9).

(32) Sobre el tema, Vid. FERRARA SANTAMARÍA (Massimo), «La giustizia privata», Napoli, 1937.

(33) Rocco, «La sentenza civile», Torino, 1906, sostiene que todo el fenómeno del arbitraje debe reducirse a una transacción cuyo contenido empírico material es determinado por los árbitros en lugar de las partes. El compromiso ya es, en sustancia, una transacción, aunque en blanco en cuanto a su contenido. El encargo a los árbitros, una vez aceptado, es un elemento meramente instrumental para determinar el contenido de la transacción.—REDENTI, loc. cit., se-

Lo anterior no excluye un hecho fundamental, cuya consideración es importante: Que las partes con intereses en pugna no están obligadas aunque dispongan de medios privados de armonización, a utilizarlos, pudiendo ir directamente a los Tribunales jurisdiccionales (34) en busca de la solución de sus conflictos. De manera que, teniendo a su disposición al Juez de oficio, pueden tener el «común interés» de excluirlo, buscando la resolución de terceras personas que no representan al poder jurisdiccional.

Si buscamos el porqué de este apartamiento voluntario de la intervención del poder jurisdiccional, quizá podamos reducirlo al simple propósito de obtener la actualización del propio derecho «*sine strepitu ac figura iudicis*», y a la búsqueda del Juez de *confianza* en sustitución del juez de *oficio*: Con palabras de nuestra Jurisprudencia, en el compromiso las partes «*sustraen* a la jurisdicción del poder judicial el conocimiento de sus contiendas» (35). Esta elusión del poder judicial se funda en diversos motivos que la doctrina ha especificado así: Confianza en la imparcialidad de los árbitros; especialidad de éstos respecto a la materia del conflicto; evitar la lentitud del procedimiento judicial e, incluso, encontrar la posibilidad de burlar al Fisco..., razón ésta que no creemos aducible «en apoyo» del arbitraje privado (36), sino más bien como «móvil inconfesable» (37). Quizá el deseo de evitar el pleito, en cuanto pueda suponer escándalo o desprestigio consiguiente a la frecuencia en que un determinado sector de actividades pueden constituir a una persona en parte litigante, sea ya razón suficiente para justificar, no sólo el antiguo origen de la institución, sino su permanencia y difusión, que el preámbulo de la nueva Ley española califica de «síntoma de que en un país determinado las relaciones intersociales no se agudizan continuamente, de manera que sea siempre preciso acudir a los Tribunales».

2.—Mas sucede que la finalidad del compromiso es crear una resolución arbitral con fuerza vinculante de las partes en conflicto, y de donde proceda esta fuerza vinculante ha sido largamente discutido, girando la cuestión sustancialmente alrededor de si tal vinculación procede de la

---

ñala que la mera sumisión del conflicto a los árbitros muestra que las partes coinciden en algo de «común interés»

(34) En los supuestos en que la Ley establece el acto de conciliación, se intenta averiguar la posibilidad o imposibilidad de hallar una zona de composición que excluya el proceso.

(35) Sentencia Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1915.

(36) Así FRANCISCO R. VALCÁRCE, «El arbitraje privado», págs. 7 a 9. Madrid, 1949.

(37) Así, PUERTO CASTRO, «Una nueva regulación del arbitraje». Rev. Deho. Privado, septiembre 1954, pág. 710, nota.

propia voluntad de someterse a la decisión del árbitro, que las partes declaran en el compromiso, o de que los árbitros aparezcan investidos de una verdadera potestad jurisdiccional, y aún partiendo del hecho de que la Ley impone un sistema de garantías, que constituye el procedimiento arbitral, se ha planteado también cuestión acerca del carácter material del compromiso (38), lo que ya la doctrina medioeval quiso superar por el expediente de distinguir entre *arbitraje* y *juicio*, poniendo de relieve el carácter contractual y voluntario de uno y el carácter jurisdiccional del otro (39), consideraciones que, aun hoy, han movido a los autores a reconocer en el compromiso una nueva categoría de contrato, el «contrato procesal» (40), cuya naturaleza se aleja de la noción privatística del contrato, para entrar en el concepto de las simples coincidencias de voluntades que crean situaciones en el proceso, y que los procesalistas denominan simplemente «acuerdos» (41), o «negocios procesales» (42).

Prescindiendo aquí de un mayor desarrollo de tal cuestión, nos basta a los fines de nuestro tema con destacar la tendencia a alejar el compromiso de la noción del contrato, para acercarla a la del simple negocio bilateral del que se derivan situaciones jurídicas frente al proceso, y ello en cuanto nos sirve para negar al compromiso un aspecto bifásico, contractual y jurisdiccional, y centrarlo en la idea del pacto, como manera de «hacer la paz» (43), constituyendo voluntariamente una situación jurídica (situación jurídica de arbitraje) que excluye el proceso; situación que opera respecto al proceso, como dice FERRARA (44) por medio de una excepción procesal de inadmisibilidad, que no es de litispendencia ni de

(38) Como «contrato procesal» lo configura MORTARA, asignándole la simple misión de determinar el juez de la litis, equiparable a la sumisión de las partes que derogan la normal competencia territorial del juez de oficio. (Comm. del Codice e delle leggi di procedura civile, Vol. III, pág. 56).

(39) Sobre el tema COGNETTI DE MARTIS, «Compromesso», 1908, págs. 7 y ss.

(40) El concepto de contrato procesal fué elaborado por KOHLER, afirmando que, a través de los contratos procesales se forman «situaciones procesales», o sea situaciones sustraídas a la voluntad de cada parte, y que están dirigidas a imprimir una determinada dirección al proceso. Estas situaciones no constituyen derechos, sino elementos de una presente o futura relación. (Vid. GUASP. Comentarios).

(41) CARNELUTTI, lo considera un simple «acuerdo», a que las partes concurren con voluntad confluyente, determinando el juez a quien pedir la composición o la resolución. (Sistema di Dir. proc. civ. Vol. I, Padova, 1936).

(42) FERRARA, «negocio procesal complejo», en la categoría de los negocios procesales. En Studi di dir. proc., págs. 35 y ss.

(43) Según PEROZZI el término «pactum» deriva de «pacere», hacer la paz. El pacto es la paz hecha. (Istituzioni di Diritto Romano, Roma, 1928, vol. II, 181).

(44) FERRARA (Luigi), «Moderni problemi del Diritto», Milano, 1938. La giustizia privata, pág. 163.

cosa juzgada, sino *arbitratoria*. (El artículo 19 de la Ley afirma expresamente que «el otorgamiento del compromiso impedirá a los jueces y tribunales conocer de la controversia... siempre que la parte a quien interese *invoque* el compromiso mediante la correspondiente excepción»).

La realidad es que tal situación exige un *querer excludir* el proceso, pero a los fines de que adquiera eficacia la excepción de inadmisibilidad del proceso, no basta con la mera constancia de que tal situación ha sido querida, sino que exige el revestimiento de una forma para que la excepción quede constituida. («El otorgamiento del compromiso impedirá... —dice el art. 19—).

Contemplamos así el compromiso como negocio genético de una situación jurídica de arbitraje, en su función frente al proceso, de manera que ofrece un doble aspecto: el negocio bilateral formal constitutivo de tal situación, y la situación de arbitraje ya constituida, que es lo que tiene eficacia de excepción. En cuanto al negocio bilateral constituyente (negocio de compromiso) no pierde su condición de contrato, en el sentido iusprivatista de la expresión, como negocio bilateral que se dirige a una conciliación de intereses contrapuestos, e incluso a producir una modificación patrimonial por virtud del fallo arbitral, lo que dá a la obligación de someterse a tal fallo el carácter de patrimonialidad que acompaña a la obligación en sentido técnico (45).

Mas sucede que el pacto compromisorio es una etapa menos firme que el compromiso, en cuanto éste al estar revestido de las formalidades exigidas, produce el doble efecto de instituir el arbitraje y constituir la excepción de inadmisibilidad del proceso, cuyos efectos se niegan al simple pacto compromisorio.

(45) La idea de la conciliación de intereses contrapuestos, con referencia al contrato, procede del Derecho público. (Así JELLINECK, «System der subjektiven öffentlichen Rechte», y TRUEBEL, «Völkerrecht und Landesrecht»), etc. V. THUN, «Der Allgemeine Teil», T. II, Leipzig, 1914.— Como negocio jurídico bilateral *patrimonial* de composición de intereses opuestos. (Vid. por todos, MESSINEO, «Manuale di Diritto Civile e commerciale», vol. II, págs. 463 y ss, Milano, 1946), productor de obligaciones, entendidas éstas como relaciones jurídicas de índole patrimonial.— La patrimonialidad de la obligación, y el más concreto carácter de la pecuniariedad, acogido por Savigny, fué discutido por Windscheid (Pandette, II, ff. 250) partiendo de que por el simple hecho de que el crédito tenga *generalmente* valor pecuniario para el acreedor, no debe deducirse el que *deba* tener tal valor patrimonial, afirmación que se ha hecho, pero que no puede ser justificada.—Ihering sostuvo esta misma opinión a propósito de un dictamen, en el que expuso diversos argumentos, sobre una empresa suiza de ferrocarriles (Centralbahngesellschaft). (Un completo resumen de la discusión en PACCHIONI, «La pecuniarità dell'interesse nelle obbligazioni». Appendi al vol. II de «Le obbligazioni», de SAVIGNY, traducción del propio Pacchioni, editada por la U.T.E.T.—Tales opiniones influyeron en los redactores del Código alemán; sin embargo la patrimonialidad de la obligación, es hoy carácter generalmente aceptado, constituyendo categoría distinta de los deberes jurídicos no patrimoniales.

Este pacto de someterse al arbitraje no instituye el arbitraje, ni constituye excepción procesal hasta que se formaliza: Su única eficacia es someter a cada parte al poder jurídico de la otra, en cuanto puede promover el poder constitutivo del órgano jurisdiccional; el pacto constituye a las partes en la posición jurídica de poder obtener por la vía judicial, mediante el procedimiento de formalización, la situación jurídica prevista en el propio pacto: La exclusión del proceso respecto a una determinada contienda, por la excepción arbitratoria. Ahora bien, esta situación puede ser lograda por autosumisión recíproca al pacto compromisorio, constituyendo voluntariamente el compromiso, o sólo por la voluntad de una de las partes.

En el primer caso, el otorgamiento de la escritura de compromiso aparece como el cumplimiento de un deber jurídico (no ya de un deber jurídico obligatorio, en sentido técnico) derivado para las partes recíprocamente de la situación nacida del pacto compromisorio. En el segundo la formalización judicial aparece como la actuación de la posición jurídica nacida del pacto que permite crear el presupuesto de la excepción arbitratoria que excluye el proceso.

El hecho de que el orden jurídico se proponga obtener por medio de la formalización judicial la situación jurídica prevista en el pacto compromisorio, evidencia que el precepto se basa en el interés de otro sujeto, el cual puede pedir, o no, la formalización, que con ello se convierte en un presupuesto cuya constitución queda al arbitrio del sujeto en cuyo interés permanece el pacto, ante el desinterés del otro.

Contemplada así la formalización de un compromiso, como consecuencia de un previo pacto compromisorio, ofrece dos aspectos: El pacto compromisorio simplemente crea para las partes una posición jurídica especial, entendida ésta como la facultad que cada parte tiene frente a la otra de intervenir directamente en su esfera de autonomía jurídica, constituyendo el presupuesto de una serie determinada de actos y relaciones jurídicas concretas (46) (la formalización es el presupuesto de la institución del arbitraje y de la excepción procesal). En el segundo aspecto la formalización es el presupuesto actualizado en virtud de la situación jurídica nacida del pacto.

Esto permite desterrar toda idea de *ejecución forzosa* de un deber y excluye también toda idea de coacción en la formalización del compromiso, porque la situación jurídica nacida del pacto compromisorio envuelve el propósito de excluir el proceso, como una posibilidad que se actualiza cuando cualquiera de las partes interesa la formalización.

(46) OFFIDANI, «Contributo alla teoria della posizione giuridica», Giapichelli, Torino, s. f.



El simple pacto de comprometer adquiere así una verdadera justificación, en cuanto se dirige a crear la posibilidad de eludir el proceso, constituyendo a las partes en la posición jurídica de obtener la formalización, bien por la voluntad acorde, bien por propia voluntad —formalización judicial.

3.—Estos puntos de vista pueden apoyarse en el articulado de la nueva Ley:

En primer término encontramos el artículo 9, según el cual los «otorgantes de un contrato preliminar quedarán obligados a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto, y en particular a la designación de los árbitros y a la determinación del tema controvertido» (párrafo 1.º), precepto que, relacionado con los artículos 19 y 11, descubre que del pacto compromisorio se deriva una situación jurídica que funciona en dos etapas: Una intermedia: Deber de realizar los actos necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto, y otra definitiva: El compromiso formalizado, con todos sus elementos, que constituye la excepción procesal (artículo 19).

Desde nuestro punto de vista interesa la situación *intermedia*, inmediatamente derivada del artículo 11, cuya significación es importantísima porque establece que «si el compromiso no se hubiere voluntariamente formalizado o no se hubiese hecho uso del derecho que reconocen los artículos nueve y diez (la formalización judicial) *el contrato preliminar quedará sin efecto*».

A nuestro parecer este último precepto adjudica al pacto compromisorio la sola eficacia de crear para las partes la posibilidad de evitar o excluir el proceso, a su voluntad indistinta, y ello porque para constituir la excepción no es necesario que *las dos* partes quieran formalizar el compromiso, sino que basta con la voluntad de una de ellas, que interese del juez la formalización. Esta juega, así, el papel de un presupuesto cuya constitución depende de la voluntad *coincidente o separada* de las partes.

El precepto del artículo 11 parece inducir a la tesis de que la situación derivada del pacto compromisorio está sujeta a condición, al declarar *sin efecto* el pacto preliminar «si el compromiso no se hubiere voluntariamente formalizado o no se hubiere hecho uso del derecho a la formalización judicial», es decir, si el hecho de la formalización no se ha producido, y dándole todos los efectos legales al compromiso, si se ha formalizado, o sea, si el hecho se ha cumplido. Mas este punto de vista plantea inmediatamente la cuestión relativa al carácter de tal condición, y muy especialmente la cuestión práctica de hasta *cuando* las partes pueden esperar el cumplimiento.

El artículo 11 se limita a afirmar que si el compromiso no se hubiere formalizado, voluntaria o judicialmente, quedará *sin efecto* el pacto compromisorio, y en la tesis de considerar la formalización como una condición, interesa averiguar si la formalización opera como una condición suspensiva de la adquisición del derecho a excluir el proceso por vía de excepción (hecho positivo), o como condición resolutoria de la situación jurídica derivada del pacto, si la formalización *no se produce* (hecho negativo).

Creemos que tal planteamiento resulta, por lo menos, equívoco, porque el condicionamiento de la formalización no es en este caso condición, sino presupuesto legal para la eficacia definitiva del pacto, y porque no puede hablarse en este caso de un hecho negativo resolutorio, según veremos después.

Preferimos considerar que del pacto compromisorio nace para las partes una situación jurídica que las coloca en la posición de influir en la esfera jurídica del otro al limitarle o excluirle la posibilidad de acudir al proceso, mediante la actuación directa que consiste en crear la excepción procesal arbitratoria por medio de la formalización judicial, que constituye el compromiso sin la voluntad y aun contra la voluntad de la otra parte (art. 10).

Mas ese «quedará sin efecto» el pacto compromisorio, a que el artículo 11 se refiere, en el caso de que la formalización no tenga lugar, es fórmula poco precisa que requiere mayor reflexión:

4.—Visto el único efecto asignado por la Ley al pacto compromisorio (posibilidad de constituir la excepción procesal arbitratoria, mediante la formalización), la expresión «quedará sin efecto» si no se formaliza, que el artículo 11 emplea sólo puede referirse a que sin la formalización del compromiso no puede utilizarse el simple pacto compromisorio como excepción (artículo 19), lo que produce dos consecuencias: La llamada formalización no es simple solemnización del pacto compromisorio, sino constitución del compromiso —art. 10, cuarto—, y con ello constitución de una excepción arbitratoria. La otra consecuencia es que la posibilidad de constituir el compromiso, de constituir la excepción excluyente del proceso, existe como facultad recíproca de las partes, derivada del pacto compromisorio, *hasta un momento dado*. Tal momento en que la facultad de eludir el proceso se extingue tiene que estar condicionado de alguna manera. En otros términos, de la simple lectura del art. 11 de la Ley surge inmediatamente una pregunta: ¿Hasta cuándo dura la facultad de eludir el proceso como inmediatamente derivada del pacto compromisorio?

Para contestar tal pregunta se hace preciso contemplar de nuevo el art. 19 de la Ley en relación con el 11: Si conforme al primero de los preceptos citados «el otorgamiento del compromiso impedirá a los jueces y Tribunales conocer de la controversia... siempre que la parte a quien interese *invoque el compromiso* mediante la correspondiente excepción», y conforme al artículo 11, el compromiso no formalizado dejará sin efecto el contrato preliminar, evidente resulta que surgida la controversia y planteada ante los Tribunales la contienda por una de las partes, antes de que la otra haya pedido la formalización del compromiso, queda sin efecto alguno el pacto compromisorio, puesto que para que produzca el efecto es preciso que se alegue por vía de excepción la existencia del compromiso, no del pacto compromisorio. Luego la eficacia propuesta para el pacto compromisorio exige que las partes hagan uso de la facultad de pedir la formalización *antes* de que la controversia se haya planteado ante los Tribunales.

Luego el límite de eficacia de la situación interina derivada del pacto compromisorio, no se encuentra en la no formalización, sino en el hecho de que una de las partes acuda a los Tribunales antes de que la otra haya pedido la formalización del compromiso, y se dá la circunstancia de que, de la misma manera que el compromiso excluye la actuación judicial, la actuación judicial excluye la situación derivada del pacto compromisorio. En lugar de encontrarnos ante un hecho negativo —consistente en que la formalización no se produzca— resolutorio de la eficacia del pacto, nos encontramos ante un hecho positivo y resolutorio: que se haya ejercitado la acción judicial ante los Tribunales, antes de que la otra parte haya pedido la formalización.

5.—Tal situación, inmediatamente derivada de los propios preceptos de la Ley que hemos contemplado, produce consecuencias prácticas contrarias al propósito de aquella. Los artículos 11 y 19 sitúan a las partes que realizaron un pacto compromisorio (a la que quiere, y a la que no quiere cumplirlo) en una verdadera carrera de velocidad a fin de hacer valer sus respectivos propósitos, máxime si se considera que el pacto compromisorio sólo exige una determinación «de principio» de lo que ha de ser objeto de la resolución arbitral, de manera que al concretarse la controversia, es el momento en el cual, la parte que quiere eludir el pacto compromisorio, puede acudir a los Tribunales directamente, y la otra no podrá evitarlo, ya que el compromiso opera en vía de excepción, una vez formalizado.

Creemos que, a fin de evitar esa situación, el artículo 11 de la Ley debiera ser rectificado en el sentido de que, existiendo el pacto compro-

misorio, las partes no pudieran plantear la controversia ante los Tribunales sin acreditar previamente haber requerido en forma fehaciente a la otra para la formalización. Hecho el requerimiento sin que la otra parte se avenga a otorgar la escritura de compromiso, puede optar entre exigir la formalización judicial prevenida en el artículo 10, o plantear la cuestión ante el Juez de oficio, dejando sin efecto el pacto compromisorio. Bastaría con que el artículo 11 concluyera: «En ningún caso, existiendo pacto compromisorio, podrá plantearse la demanda ante los Tribunales sin acreditar en forma fehaciente haber requerido sin resultado a la otra parte para la formalización voluntaria del compromiso. Si la demanda se dedujere sin hacer mención del pacto compromisorio, y por tanto sin acreditar el requerimiento, la parte demandada podrá, acreditando la existencia del pacto, suspender la tramitación del juicio y pedir la formalización del compromiso, que, de prosperar, producirá los efectos previstos en el artículo 19, con expresa imposición de costas y condena al pago de perjuicios al que hubiere planteado la demanda».

Otra observación sugiere el artículo 8 de la Ley de arbitrajes privados. Según este precepto el llamado contrato preliminar de arbitraje «no necesitará contener ni la designación de los terceros que hayan de figurar como árbitros, ni la del tema controvertido que se someterá a su decisión», agregando en el último párrafo que «*En el caso de que el contrato preliminar de arbitraje contenga alguna indicación sobre la designación de los árbitros... tal indicación habrá de acomodarse a las normas establecidas para el compromiso por esta Ley*».

Consideramos que el precepto a que nos referimos adolece de una excesiva generalidad, que puede afectar a la esencia misma del compromiso, en el caso de que éste se formalice utilizando el procedimiento establecido en el art. 10.

Para llegar a esta conclusión basta con relacionar el art. 8, que recoge el pacto compromisorio, con el art. 17, penúltimo párrafo, y el 20, párrafo 2.º. Según tales preceptos «las partes podrán *facultativamente* estipular en el compromiso que los árbitros habrán de fallar, no con sujeción a derecho, sino *con arreglo a su saber y entender*» (17, penúltimo párrafo), en cuyo caso «podrán designar a quienes *prefieran* con tal de que sean personas naturales, que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que sepan leer y escribir» (artículo 20, párrafo 2.º).

La excesiva generalidad del artículo 8 ofrece inmediatamente las siguientes cuestiones:

a) Si se está en el caso de la formalización judicial del compromiso, a instancia de una de las partes, sobre la base de un pacto compromisorio que no contenga («*en el caso de que (no) contenga...*»). (Cfr. artícu-

lo 8, 3.º) indicación alguna sobre la designación de los árbitros, se ignora la clase de compromiso que habrá de formalizarse, es decir, si será un arbitraje de derecho o un arbitraje de equidad, ya que ello sólo es facultad de las partes y no se comprende que el juez que manda la formalización pueda sustituir a las partes en tal facultad de elección.

b) Pensemos, sin embargo, que se ha previsto en el pacto compromisorio la clase de arbitrio que se ha de constituir: Si se trata de arbitraje con *sujeción a derecho*, la designación habrá de recaer, conforme al artículo 20, párrafo 1.º, en «letrados que ejerzan la profesión», de manera que las personas que proponga la parte que pide la formalización —que no han de ser forzosamente las que el Juez designe en el auto previsto en el apartado 4.º del artículo 10— y las que resulten designadas habrán de reunir, por lo menos, esta cualidad, lo que ya es un dato al que atenerse en la designación, aunque sea una cualidad en la que participen un número más o menos elevado de personas.

Pero si el compromiso es de equidad, entonces el nombramiento de los árbitros recae como muy bien dice la Ley, en persona que las partes «*prefieran*», con tal de que sean naturales, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que sepan leer y escribir (cfr. art. 20, 2.º).

En tal caso, para el supuesto de formalización judicial del compromiso sobre la base de un pacto compromisorio de equidad, que no contenga indicación alguna sobre los árbitros, no hay tampoco manera de averiguar el motivo de *preferencia* que las partes han tenido en cuenta para elegir esta clase de arbitraje.

Si se considera que el compromiso no puede contemplarse sino en directa relación con el proceso, ya que se concluye para excluirlo (el proceso se produciría si las partes no sustituyeran por los árbitros al órgano jurisdiccional); si se tiene en cuenta la importantísima cuestión del fundamento psicológico del arbitraje, que es la *confianza* de los compromitentes en la pericia, condiciones personales e imparcialidad de las personas designadas a las que se *prefiere* por alguna cualidad, no podrá negarse que a las partes no es indiferente que decida sobre su propio derecho *cualquiera persona* natural en pleno ejercicio de sus derechos y que sepa leer y escribir, porque prefieren —única justificación del compromiso— *determinada* persona, o persona que reúna *determinadas* cualidades. Por ello resulta singular que el compromiso de equidad pueda ser judicialmente formalizado designando como árbitros personas que no gozan de la confianza de las partes, desapareciendo así la única razón existente para que el juez de oficio no conozca *ex officio*. No puede sostenerse que las partes pueden designarlos por sí mismas en lugar de acudir a la formalización judicial, porque cuando esto ocurre es porque

*una* de las partes —y no la otra, que acude a la formalización— se niega a otorgar el compromiso; si a ello se agrega que la parte que pide la formalización debe indicar el nombre de los árbitros que proponga, pero que tal indicación no puede vincular al juez por razones obvias (basta considerar que en la mayor parte de los casos no se llegará a una formalización espontánea del compromiso porque las partes no concuerden sobre las personas de los árbitros) se llegará a la conclusión de que el compromiso así otorgado está falto de base que justifique la exclusión del proceso ante el juez de oficio.

Todas estas cuestiones podrían ser eludidas con sólo que el artículo 8 de la nueva regulación fuera un poco más exigente al señalar los elementos que debe contener el pacto compromisorio para su plena efectividad, y junto a esa inexcusable «fijación objetiva, por lo menos de principio, de la relación jurídica singular a que ha de referirse el arbitraje», única manera de concretar la posición recíproca de las partes sin hipotecar en absoluto la general facultad de acudir a los Tribunales, exigir también la determinación de la clase de compromiso que habrá de formalizarse, y la indicación de los árbitros o, por lo menos, de las cualidades que éstos habrán de reunir cuando se trate de compromiso de equidad.